

**FNV**

FNV  
Naritaweg 10  
Postbus 8456  
1005 AL Amsterdam

T 020 58 16 300  
F 020 68 44 541

Postadres Tiberdreef 4, Postbus 2475 3500 GL Utrecht

Aan de voorzitter en de leden  
van de Commissie Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
van de Eerste Kamer der Staten-Generaal  
Postbus 20017  
2500 EA DEN HAAG

GRIFFIE EERSTE KAMER	
NR.	147754
RUB.	XV
DATUM	05 JAN 2011
	CS
KOPIE	
VERW.	SZW

CNV  
Tiberdreef 4  
Postbus 2475  
3500 GL Utrecht

T 030 751 11 00  
F 030 751 11 09

MHP  
Multatulilaan 12  
Postbus 575  
4100 AN Culemborg

T 0345 85 19 00  
F 0345 85 19 15

Datum

4 januari 2011

Ons kenmerk

03662

Onderwerp

Wetsvoorstel aanpassing vakantiewetgeving  
(32465)

Uw kenmerk

Telefoonnr.

020 58 16 317

E-mail

[Hella.Kooymans@vc.fnv.nl](mailto:Hella.Kooymans@vc.fnv.nl)

[l.meijer@cnv.nl](mailto:l.meijer@cnv.nl)

[her-m@unie.nl](mailto:her-m@unie.nl)

Geachte dames en heren,

Bij brief van 28 september jl., die u als bijlage aantreft, hebben FNV, CNV en MHP aan de Tweede Kamer hun grote bezwaren kenbaar gemaakt tegen invoering van een vervalttermijn voor minimumvakantiedagen en verdere maatregelen die moeten bevorderen dat werknemers zoveel mogelijk tijdens ziekte vakantiedagen opnemen.<sup>1</sup> De voorgestelde wetswijziging komt in strijd met de Europese Arbeidstijdenrichtlijn, gaat ten koste van de bestaande rechten en de bescherming van alle werknemers. Kortheidshalve wordt hierbij verwezen naar de inhoud van bijgevoegde brief.

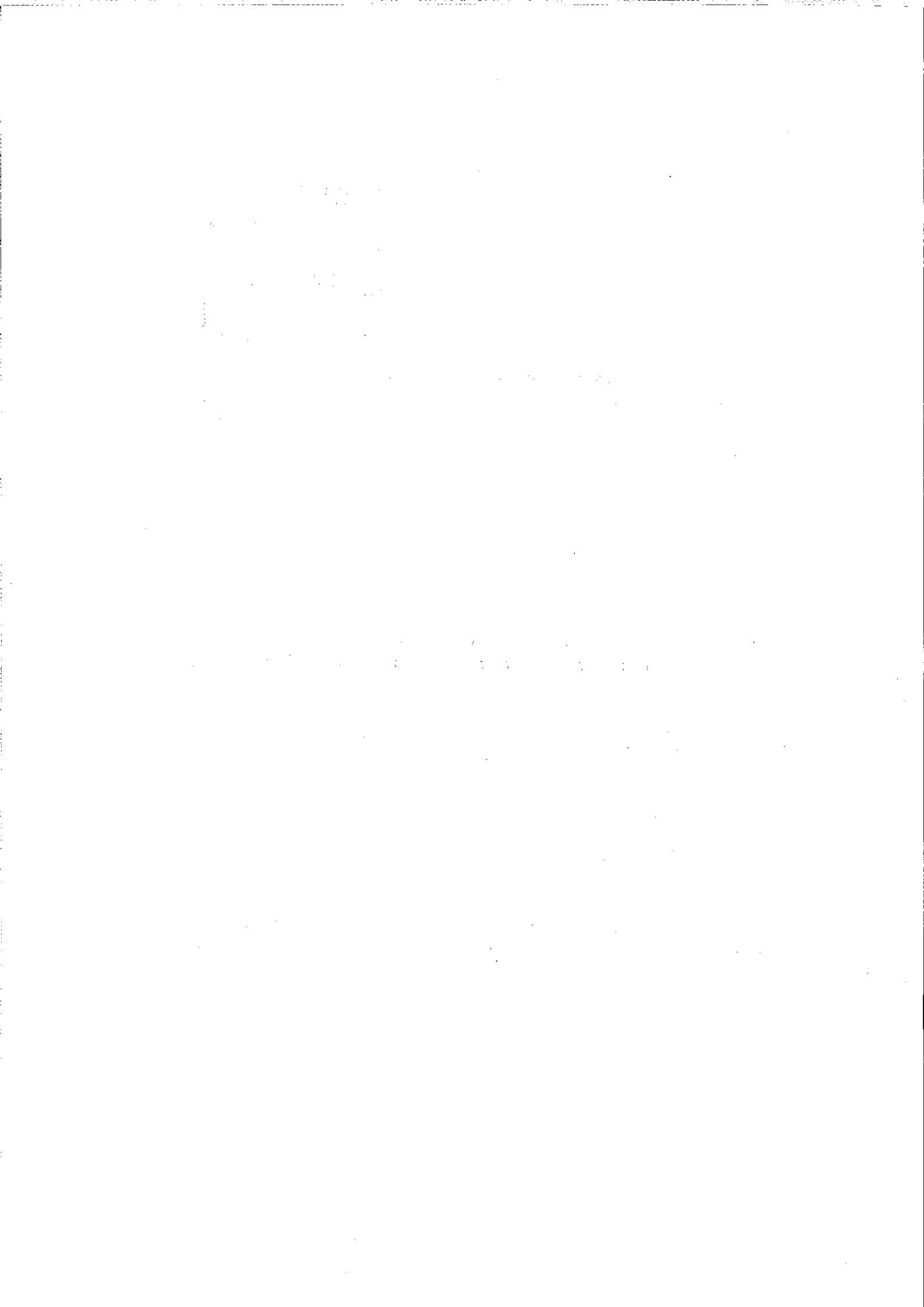
De drie Vakcentrales zijn geschokt dat de Tweede Kamer het onderhavige wetsvoorstel als hamerstuk heeft afgedaan. De voorgestelde maatregelen zijn zo ingrijpend voor werknemers dat een plenair debat op zijn minst in de rede had gelegen.

FNV, CNV en MHP verzoeken u goede nota te nemen van hun grote bezwaren tegen het wetsvoorstel en roepen u op het wetsvoorstel niet te steunen met uitzondering van het schrappen van de beperkte vakantieopbouw bij ziekte.

Het Europese Hof van Justitie heeft geoordeeld op grond van Richtlijn (2003/88/EG) dat werknemers gelijk moeten worden behandeld en dat ook zieke werknemers recht hebben op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon van minimaal vier weken.

De beperkte opbouw van vakantiedagen voor arbeidsongeschikte werknemers in de Nederlandse wetgeving is in strijd met genoemde richtlijn en dient geschrapt te worden.

<sup>1</sup> Wetsvoorstel houdende het afschaffen van de beperkte opbouw van minimumvakantierechten tijdens ziekte, de invoering van een vervalttermijn voor de minimumvakantiedagen en de aanpassing van enige andere artikelen in de regeling voor vakantie en verlof in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (32465)



Het wetsvoorstel schrapt niet alleen de beperkte opbouw maar gaat veel verder dan nodig is met als voornaamste doel om de financiële consequenties voor werkgevers te minimaliseren zonder hierbij oog te hebben voor de bescherming van de rechtspositie van werknemers. Er wordt voor alle werknemer een zeer korte vervaltermijn ingevoerd voor niet opgenomen minimumvakantiedagen van 6 maanden in het volgende kalenderjaar. Er bestaat hierop een uitzonderingsgrond voor de werknemer 'die redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen' in die periode. Deze uitzondering wordt in de Memorie van Toelichting zeer beperkt uitgelegd en toegespitst op een situatie van volledig arbeidsongeschiktheid of een kwaadwillende werkgever die de werknemer belet vakantie op te nemen. Zieke werknemers die aan het re-integreren zijn bij hun werkgever vallen volgens de regering niet onder de uitzonderingscategorie omdat zij vakantie kunnen nemen van hun re-integratieverplichtingen.

In reactie op hetgeen de regering naar voren heeft gebracht in de 'nota naar aanleiding van het verslag' brengen de Vakcentrales een aantal nadere kritiekpunten onder uw aandacht.

1. Volgens het Europese Hof mogen de minimumvakantiedagen vervallen mits de werknemer *daadwerkelijk* in de gelegenheid is (geweest) de minimumvakantie op te nemen. Het begrip 'redelijkerwijs' in artikel 640a van het wetsvoorstel sluit hier niet op aan en wordt door de regering ook nog eens zeer beperkt uitgelegd waardoor er aan werknemers minimumvakantierechten onthouden worden. Daarmee is het recht van werknemers om minimale vakantie te genieten onvoldoende geborgd in de Nederlandse wetgeving.
2. De vervaltermijn zal veel discussie oproepen of de vakantiedagen wel of niet vervallen zijn en de verhoudingen tussen werkgever en werknemer op scherp stellen. Zo zal bij iedere zieke werknemer die aan het re-integreren de niet opgenomen minimumvakantiedagen als vervallen beschouwd worden door de werkgever.
3. Indien de werkgever en werknemer er niet uitkomen dan zal het in een – door de werknemer aan te spannen - procedure uitgevochten moeten worden. Anders dan de regering stelt is onduidelijk op wie hierbij de bewijslast rust. Het is immers de werkgever – en niet de werknemer – die de vakantie vaststelt conform de wensen van de werknemer (artikel 7:638 BW).
4. De opbouw van vakantiedagen is een doorlopend proces omdat dit gekoppeld is aan de aanspraak op loon. Een werknemer heeft dus aan het begin van het kalenderjaar geen recht op de gehele vakantie van dat jaar. Dit betekent dat de vervaltermijn niet absoluut te stellen is op 18 maanden, zoals de regering doet, maar steeds korter wordt voor tijdens het kalenderjaar opgebouwde vakantierechten. Juridisch gezien heeft de werknemer dus een steeds korter wordende vervaltermijn. Dit staat op gespannen voet met de Richtlijn.
5. De uitkomst of een werknemer onder de uitzonderingscategorie valt is onzeker en zal door jurisprudentie moeten worden ingevuld. Veel werknemers zullen het er maar bij laten zitten en hun recht niet halen omdat zij in een afhankelijke positie zitten en de arbeidsrelatie met de werkgever niet graag op scherp zetten.
6. Er ontstaat twee regimes van vakantiedagen: de wettelijke dagen met een vervaltermijn en de bovenwettelijke dagen met een verjaringstermijn van 5 jaar. Dit vergt een gescheiden administratie voor de werkgever en zal ook weer discussie oproepen over welke vakantiedag is opgenomen omdat minimumvakantiedagen eerder vervallen dan de bovenwettelijke dagen.



Datum

4 januari 2011

Ons kenmerk

Pagina('s)

3 van 3

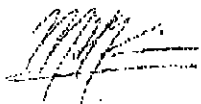
7. Met een pennenstreek zet de regering de jurisprudentie van de Hoge Raad opzij die bepaalt dat de werknemer steeds geacht wordt als eerste de oudste vakantiedagen opgenomen te hebben. Maar wettelijk wordt niet geborgd dat de werkgever de minimumvakantiedagen als eerste moet afboeken en dan pas de dagen waarvoor de verjaringstermijn van 5 jaar geldt. Hierdoor blijft voor de werknemer onzekerheid bestaan over hoe de werkgever hier in de praktijk mee omgaat en zal hij zich weer tot de rechter moeten wenden bij een conflict. Dan is nog onduidelijk hoe de rechter hier uiteindelijk over zal oordelen.
8. Vanaf de datum van de uitspraak van het Europese Hof (Schultz Hoff en Stringer) van 20 januari 2009 was volstrekt duidelijk dat zieke werknemers recht hebben op een volledige opbouw van minimumvakantiedagen op grond van de Arbeidstijdenrichtlijn. In ieder geval zou de wetgever de terugwerkende kracht vanaf die datum moeten regelen omdat het recht van werknemers voor werkgevers vanaf die datum voorzienbaar was. Door dit na te laten ontnemt de regering aan werknemers vakantie-rechten die hen op grond van Europees recht toekomen.

FNV, CNV en MHP roepen u op het wetsvoorstel niet te steunen, met uitzondering van het schrappen van de beperkte opbouw van de minimumvakantie bij ziekte.

Hooachtend.



Catelene Passchier,  
Cao-coördinator FNV Vakcentrale



Maurice Limmen,  
Bestuurder arbeidsmarktbeleid en Cao-coördinator CNV Vakcentrale



Eddy Haket,  
Bestuurder Arbeidsverhoudingen vakcentrale MHP





**Hoofdkantoor**

Postadres Postbus 8456, 1005 AL Amsterdam

Bezoekadres  
Narilaweg 10  
1043 BX Amsterdam

Aan de voorzitter en de leden van de  
Vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
in de Tweede Kamer der Staten Generaal  
Postbus 20018  
2500 EA Den Haag

Postadres  
Postbus 8456  
1005 AL Amsterdam

T 0900 330 0300  
F 020 68 44 541  
J [www.fnv.nl](http://www.fnv.nl)

Tevens per email: [cje.szw@tweedekamer.nl](mailto:cje.szw@tweedekamer.nl)

Bank  
63 50 33 178

Datum  
28 september 2010  
Ons kenmerk  
2473/hc  
Onderwerp  
Wetsvoorstel aanpassing vakantiewetgeving  
(32465)

Uw kenmerk  
  
Telefoonnr.  
020 58 16 317  
E-mail  
[Hella.Kooymans@vc.fnv.nl](mailto:Hella.Kooymans@vc.fnv.nl);  
[j.vergunst@cnv.nl](mailto:j.vergunst@cnv.nl)  
[her-m@unie.nl](mailto:her-m@unie.nl)

Geachte dames en heren,

De regering heeft op 27 augustus 2010 bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel tot aanpassing van de vakantiewetgeving ingediend naar aanleiding van de uitspraken 'Schultz-Hoff en Stringer' en 'Pereda' van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG). Het Hof heeft in deze arresten artikel 7 van Arbeidstijdenrichtlijn 2003/88/EG zodanig uitgelegd dat zieke werknemers recht hebben op hetzelfde aantal minimumvakantiedagen als arbeidsgeschikte werknemers.

De Nederlandse wetgeving kent in artikel 7:635 lid 4 BW een beperkte opbouw van vakantiedagen voor (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemers. Deze beperkte opbouw is door de uitspraken van het Europese Hof niet langer geoorloofd.

In dit wetsvoorstel wordt, naast afschaffing van de beperkte opbouw van minimumvakantierechten tijdens ziekte, een zeer korte vervaltermijn voor de minimumvakantiedagen ingevoerd en wordt de mogelijkheid tot het opnemen van vakantie tijdens ziekte gestimuleerd. Voor een zeer beperkte groep werknemers, namelijk degene die redelijkerwijs niet in staat zijn gebleken vakantie op te nemen, blijft de verjaringstermijn van 5 jaar in stand.

De gezamenlijke vakorganisaties FNV, CNV en MHP hebben de volgende grote bezwaren bij het ingediende wetsvoorstel. In de bijlage bij deze brief is het commentaar nader onderbouwd en toegelicht.



- De regering volstaat niet met het in lijn brengen van de Nederlandse wetgeving met het Europese recht door het wegnemen van het onderscheid in opbouw van vakantiedagen voor zieke en gezonde werknemers. De gelegenheid wordt aangegrepen om de vakantiewetgeving ten koste van alle werknemers te verslechteren door de mogelijkheid van het sparen van vakantiedagen drastisch in te perken van een verjaringstermijn van 5 jaar naar een vervaltermijn van 6 maanden in het volgend kalenderjaar.
- De aanpassingen worden gepresenteerd als een maatregel ter bevordering van de veiligheid en gezondheid van werknemers maar zijn eigenlijk een kostenbeperkende maatregel voor werkgevers om de gevolgen van de uitspraken te verzachten waarbij alle werknemers de rekening betalen.  
De centrale werknemersorganisaties zien niet in dat er ter bescherming van de veiligheid en gezondheid van werknemers een zeer korte vervaltermijn van 6 maanden moet worden ingevoerd. Op geen enkele wijze is door de regering onderbouwd dat met een ruimere verjaringstermijn de veiligheid en gezondheid van de werknemer in gevaar zou zijn.
- Het HvJ EG overweegt dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht is dat toekomt aan alle werknemers, ongeacht hun gezondheidstoestand. Door dit wetsvoorstel dreigen werknemers in de tenuitvoerlegging en uitoefening van dat zeer belangrijke sociaal recht fors te worden beperkt ten opzicht van de huidige situatie. Hiermee komt de voorgestelde regeling op gespannen voet te staan met de doelstelling van de Europese Arbeidstijdenrichtlijn.
- De werknemer wordt door de zeer korte vervaltermijn de kans ontnomen vrije tijd te sparen voor doeleinden waarvoor de bestaande wettelijke regelingen zoals de Wet Arbeid en Zorg en de Levensloopregeling ontoereikend blijken te zijn. Genoemde wettelijke regelingen zijn daarnaast veelal onbetaalde regelingen. Niet alle werknemers verkeren in de luxepositie daar gebruik van te kunnen maken.
- De invoering van de zeer korte vervaltermijn van 6 maanden gaat voorbij aan het feit dat veel werknemers niet in staat zijn om hun wettelijke vakantiedagen binnen de gestelde termijn op te nemen als gevolg van bijv. zwangerschap, (kortdurend) ziekteverlof, overwerk, sabbatical etc. Het recht op vakantie zal steeds weer met de werkgever bevochten moeten worden.
- Het wetsvoorstel maakt een uitzondering voor 'werknemers die redelijkerwijs niet in staat zijn gebleken vakantiedagen op te nemen'. Het begrip 'redelijkerwijs' is echter zeer beperkt en voor velerlei uitleg vatbaar. Dit zal veel discussie gaan oproepen en de verhouding tussen werkgever en werknemer op scherp stellen.
- Het wetsvoorstel geeft onvoldoende garanties dat werkgevers en werknemers onderling in staat worden gesteld bij schriftelijke overeenkomst in positieve zin af te wijken van de vervaltermijn.



Datum  
28 september 2010  
Ons kenmerk



Pagina(s)  
3 van 8

- Het wetsvoorstel komt in strijd met de doelstelling en de recuperatiefunctie van de Europese Arbeidstijdenrichtlijn. In het bijzonder geldt dit voor de nieuwe mogelijkheid om vakantiedagen ook af te boeken van het minimumaantal in geval van ziekte tijdens een vastgestelde vakantie.
- De regering wordt uitgenodigd zich uit te laten over de terugwerkende kracht van de Europese uitspraken voor zover de aanspraken van werknemers nog niet zijn verjaard.

FNV, CNV en MHP roepen u op het wetsvoorstel niet te steunen, met uitzondering van het schrappen van de beperkte minimumvakantie-opbouw bij ziekte uit de wet (artikel 7:635 lid 4 BW).

Hoogachtend,

Peter Gortzak,  
vice-voorzitter FNV Vakcentrale

Jaap Smit,  
Voorzitter CNV Vakcentrale

Eddy Haket,  
Bestuurder Arbeidsverhoudingen Vakcentrale MHP

Datum  
28 september 2010  
Ons kenmerk

Pagina('s)  
4 van 8

## - BIJLAGE -

### **Commentaar FNV, CNV en MHP op het wetsvoorstel**

De drie Vakcentrales hebben de volgende inhoudelijke bezwaren tegen het wetsvoorstel.

- ***Vervaltermijn zes maanden na kalenderjaar***

Het voorstel introduceert een wettelijke vervaltermijn van zes maanden waarbij alle werknemers – en dus ook zieke en re-integrerende werknemers - hun aanspraken op vakantie van vier weken per jaar ( bij een voltijds dienstverband) kwijt raken indien zij deze niet voor 1 juli van het volgend kalenderjaar volledig hebben geëffectueerd.

De regering motiveert de invoering van een vervaltermijn door te wijzen op de recuperatiefunctie van vakantiedagen. Om te stimuleren dat werknemers voldoende vrije dagen per jaar opnemen wordt een vervaltermijn opgenomen.

#### Commentaar

FNV, CNV en MHP wijzen er op dat in 2002, mede na voorafgaande advisering door de SER, de verjaringstermijn van vakantiedagen is verlengd van twee naar vijf jaar om het sparen van (wettelijke) vakantiedagen mogelijk te maken met als doel werknemers beter in staat te stellen betaalde arbeid te combineren met zorgtaken, sabbatical, scholing, mantelzorg of andere privéaangelegenheden. De bedoeling van de wetwijziging was om werkgevers en werknemers de mogelijkheid te geven maatwerk tot stand te brengen in de onderneming. Aan dit maatwerk en deze flexibiliteit hebben werknemers tot op de dag van vandaag behoefte. Het wetsvoorstel neemt deze flexibiliteit geheel weg wat een enorme achteruitgang betekent ten opzichte van de huidige situatie. De Vakcentrales vinden daarbij dat werknemers en werkgevers prima in staat zijn zelf verantwoordelijkheid te nemen als het gaat om het maken van afspraken om te komen tot een tijdige opname van vakantiedagen.

De regering staat er daarnaast niet bij stil dat werknemers die alleen maar het wettelijk tegoed aan vakantiedagen opbouwen en geen recht hebben op bovenwettelijke dagen helemaal geen vakantiedagen meer kunnen sparen.

De regering is van oordeel dat regelingen uit de wet Arbeid en Zorg voldoende soelaas bieden aan de werknemer en daarom het sparen van vakantiedagen minder noodzakelijk maken. Het beperkte gebruik van de huidige verlofregelingen uit de Wet Arbeid en Zorg en de Levensloopregeling doet anders vermoeden. Er wordt niet vermeld dat het hierbij gaat om onbetaalde of minimaal betaalde verlofregelingen voor een te beperkte doelgroep. Veel werknemers kunnen zich een fors inkomensverlies niet permitteren en doen daarom geen beroep op deze regelingen. De regering negeert verder dat zorgtaken slechts een deel van alle privé-zaken zijn waar werknemers vakantiedagen voor gebruiken. Werknemers gebruiken vakantiedagen ook voor scholing of een sabbatical. Steeds meer werknemers verlenen mantelzorg, niet alleen voor directe familieleden maar ook voor vrienden, voor wie zij noodgedwongen vakantiedagen inzetten omdat de huidige verlofregeling te beperkt is, te rigide of hen geen rechten geeft.

De bestaande verlofregelingen zijn ontoereikend en maken de mogelijkheid van het sparen van vakantiedagen nog steeds noodzakelijk om arbeid en privé te combineren.

Datum  
28 september 2010

Ons kenmerk

Pagina(s)  
5 van 8

Hoewel FNV, CNV en MHP van mening zijn dat het van belang is dat werknemer in de gelegenheid worden gesteld om te recupereren van hun bedongen arbeid, zijn er tal van situaties denkbaar waarin het door omstandigheden voor een werknemer niet mogelijk is om de wettelijke vakantiedagen binnen de korte vervalttermijn van 6 maanden na het jaar waarin de vakantiedagen zijn opgebouwd, op te nemen. Hier gaat het wetsvoorstel geheel aan voorbij.

Werknemers kunnen immers ook een kortere periode dan twee jaar, bijvoorbeeld drie tot zes maanden, ziek zijn of afwezig zijn i.v.m. zwangerschapsverlof, waarna eenmaal hersteld binnen de vervalttermijn alle dagen opgenomen moeten worden. Er kan een periode zijn in het bedrijf van de werkgever dat het opnemen van vakantiedagen wegens zwaarwegende bedrijfsbelangen niet mogelijk is of dat een werknemer in piektijden veel overwerk moet verrichten en eigenlijk niet gemist kan worden. Veel werknemers zullen het dan niet in hun hoofd halen de zaak hoog op te laten spelen door toch vakantie te eisen uit angst om in een arbeidsconflict verzeild te raken. Een werkgever is weliswaar verplicht om de werknemer ieder jaar in de gelegenheid te stellen de minimumvakantie op te nemen, maar hier staat geen sanctie op. Het is uiteindelijk de werkgever die de vakantie vaststelt.

De centrale werknemersorganisaties zien niet in dat er ter bescherming van de veiligheid en gezondheid van werknemers een zeer korte vervalttermijn van 6 maanden moet worden ingevoerd. Op geen enkele wijze is door de regering onderbouwd dat met een ruimere verjaringstermijn de veiligheid en gezondheid van de werknemer in gevaar zou zijn.

Voorts verdient opmerking dat een werknemer niet 18 maanden de tijd heeft om zijn jaarlijkse vakantie op te maken maar dat dit veel kortere termijnen zijn. Vakantierechten worden immers niet aan het begin van een kalenderjaar toegekend maar worden 'van dag tot dag' verdiend. De aanspraak op vakantie is gekoppeld aan de aanspraak op loon. Dit betekent dat gedurende het jaar opgebouwde vakantierechten een steeds kortere vervalttermijn hebben. De regering besteedt hier geen enkele aandacht aan.

- ***Afwijkende maatwerkafspraken***

In de MvT staat dat de vervalttermijn onverlet laat dat afwijkende maatwerkafspraken (ten gunste van de werknemer) mogelijk zijn. Hierbij wordt verwezen naar artikel 7:645 BW dat bepaalt dat van de vakantieregeling niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken. Impliciet valt hier te lezen dat afwijken ten voordele van de werknemer is toegestaan.

#### Commentaar

Wettelijke vervalttermijnen zijn van dwingend recht en - anders dan verjaringstermijnen - niet vatbaar voor schorsing, stuiting en verlenging, tenzij in de wet anders is bepaald. Met een vervalttermijn gaat het vorderingsrecht van de werknemer teniet. De rechter moet de vervalttermijn ambthalf toe passen, zelfs ongeacht of een van de partijen zich er op beroept en dus ook ongeacht andersluidende afspraak.

In de MvT is aangegeven dat voor de vervalttermijn is gekozen omdat deze "behoudens de in de wet gegeven uitzonderingen, niet opzij gezet kan worden. Een (korte) verjaringstermijn kan door de werknemer in principe worden gestuit."

De vraag die zich hier voordoet is of in de wet door artikel 7:645 BW duidelijk is bepaald dat werkgever en werknemer, individueel of op cao-niveau, afwijkende afspraken kunnen overeenkomen die er op neerkomen dat de vervalttermijn wordt verlengd. FNV, CNV en MHP zetten hier vraagtekens bij en vragen zich af of dit niet expliciet in de wet geregeld moet worden

Datum  
28 september 2010  
Ons kenmerk

Pagina('s)  
6 van 8

omdat anders de afspraak voor de werknemer na ommekomst van de vervaltermijn niet in rechte afdwingbaar is.

Er is overigens geen enkele prikkel voor onwillige werkgevers om afwijkende afspraken met de werknemer te maken. De verwachting is dat de arbeidsverhouding meer onder druk zal komen te staan en de werknemer tijdige opname van vakantiedagen meer zal moeten bevechten.

- ***Uitzondering op de vervaltermijn***

Het wetsvoorstel bevat een zeer beperkte uitzondering op de vervaltermijn en kent een verjaringstermijn van vijf jaar toe aan de minimumvakantierechten van de werknemer die 'redelijkerwijs' niet in staat is geweest binnen de vervaltermijn de wettelijke vakantiedagen op te nemen.

Volgens de toelichting gaat het hier om een zeer beperkte groep werknemers die gedurende het opbouwjaar en de zes maanden daarna om medische redenen of in verband met andere bijzondere omstandigheden niet in staat zijn geweest om de minimumvakantierechten te benutten. Het gaat dan enerzijds om een groep langdurig zieke werknemers die geheel vrijgesteld zijn van re-integratieverplichtingen en anderzijds om 'andere bijzondere omstandigheden' waarbij het bijvoorbeeld door toedoen van de werkgever niet mogelijk is geweest (voldoende) vakantie op te nemen.

Commentaar

De norm 'redelijkerwijs' is een ruim begrip en onduidelijk is welke werknemers hier nog meer onder zouden kunnen vallen. Valt ook de aanspraak van de werknemer die door overwerk, piekperiodes of door tijdelijke afwezigheid wegens ziekte, niet in staat is of door de werkgever wordt gesteld om alle wettelijke vakantie tijdig op te nemen onder de uitzondering? Welke situaties vallen allemaal onder de 'andere bijzondere omstandigheden'? Het zal veel discussie gaan oproepen en de verhoudingen tussen werkgever en werknemer onnodig op scherp stellen. Duidelijk is dat de werknemer veelal in rechte zal moeten bevechten dat hij tot de uitzonderingscategorie behoort en dat zijn vakantiedagen dus niet zijn vervallen maar onderworpen zijn aan de verjaringstermijn. Het is een feit dat veel werknemers tijdens hun dienstverband over dit soort zaken niet procederen maar het er veelal maar bij laten zitten om geen verstoorde arbeidsverhouding te krijgen. Met deze zwakkere en beschermenswaardige positie van de werknemer in de machtsverhouding met de werkgever wordt geen enkele rekening gehouden.

- ***Strijd met Europees recht***

De vraag dringt zich op of de voorgestelde regeling zich wel verdraagt met de doelstelling van de Europese Richtlijn 2003/88/EG. Het doel van het recht op jaarlijkse vakantie is de werknemer in staat te stellen uit te rusten en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken. In een door de FNV aangespannen zaak (C-124/05) heeft het Europese Hof van Justitie bepaald dat niet opgenomen vakantiedagen in een volgend jaar niet mogen worden afgekocht. De rusttijd van de werknemer boet daarmee niet aan belang in. De vakantiedagen mogen dus enige tijd 'op de plank' liggen en op een later tijdstip door de werknemer worden genoten. De nu voorgestelde zeer korte en absolute vervaltermijn waarbij de werknemer onherroepelijk vakantiedagen kwijtraakt ontnemt werknemers de vereiste bescherming op grond van de richtlijn.

In dit verband wordt tevens de vraag opgeworpen of de voorgestelde regeling rond de vervaltermijn niet in strijd komt met de zogenaamde Rewe-jurisprudentie van het Europese Hof. In

Datum  
28 september 2010  
Ons kenmerk

Pagina(s)  
7 van 8

het arrest Rewe (HvJ EG 16 december 1976, C-33/76) formuleerde het Hof twee randvoorwaarden waaraan het nationale recht moet voldoen ter effectuering van het gemeenschapsrecht: (1) De nationale bepaling mag niet ongunstiger zijn dan de bepaling die van toepassing is op soortgelijke nationale vorderingen en (2) de nationale bepaling mag de uitoefening van het gemeenschaprecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Deze voorwaarden worden veelal aangeduid met respectievelijk het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel.

Door het wetsvoorstel gaan twee wettelijke regimes ontstaan ten aanzien van de wettelijke vakantiedagen. Het gaat dan enerzijds om vakantieaanspraken die zijn onderworpen aan de wettelijke vervaltermijn en anderzijds om vakantieaanspraken die vallen onder de uitzonderingscategorie en onderworpen zijn aan de verjaringstermijn van 5 jaar. Voorts wordt het de werknemer heel moeilijk gemaakt met een korte vervaltermijn en een zeer beperkte uitzonderingsmogelijkheid om zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon te kunnen genieten.

- **Opnemen van vakantiedagen tijdens ziekte**

Uitgangspunt van de huidige vakantiewetgeving is dat vakantie slechts kan worden genoten op dagen waarop de werknemer gehouden is arbeid te verrichten. Dit uitgangspunt ligt er aan ten grondslag dat in de praktijk weinig vakantie wordt opgenomen tijdens ziekte.

Artikel 7:636 BW vormt hierop een uitzondering voor wat betreft de bovenwettelijke dagen en maakt het mogelijk dat werkgever en werknemer van geval tot geval en zonder verder vormvoorschrift kunnen overeenkomen dat perioden van niet werken in mindering komen op het vakantietegoed. Op grond van artikel 7:637 BW is het ook mogelijk om – bij voorbaat - met betrekking tot de bovenwettelijke dagen bij individuele of collectieve overeenkomst schriftelijk overeen te komen dat ziektedagen *in enig jaar* kunnen worden aangemerkt als vakantiedagen. Dit is bedoeld als prikkel tot terugdringing van het ziekteverzuim. Verrekening van in eerdere jaren gespaarde vakantiedagen of nog op te bouwen dagen is echter niet mogelijk. De instemming van de werknemer is in alle gevallen nodig.

Het nieuwe wetsvoorstel probeert te stimuleren dat tijdens ziekte vakantiedagen worden opgenomen door in de wet te verduidelijken dat onder bepaalde voorwaarden ziekte niet in de weg hoeft te staan aan het opnemen van vakantiedagen noch aan het verrekenen van ziektedagen met vakantiedagen.

In het wetsvoorstel worden daartoe een aantal bepalingen herschikt.

- De verrekeningsmogelijkheid van ziektedagen met bovenwettelijke vakantiedagen van artikel 7:636 BW (van geval tot geval en met instemming werknemer) wordt verplaatst naar lid 1 van artikel 7:637 BW.
- Het oude lid 1 (aanmerken van ziektedagen als vakantiedagen bij schriftelijke overeenkomst) wordt verplaatst naar een nieuw lid 2.
- Het oude lid 2 van 7:637 BW dat ziet op ziekte tijdens een vastgestelde vakantie wordt verschoven naar artikel 7:638 (nieuw lid 8) en aldaar in aangepaste vorm opgenomen. Gehandhaafd is het uitgangspunt dat wanneer een werknemer tijdens vakantie ziek is, hij in beginsel niet langer vakantie geniet. Ook is behouden de mogelijkheid om hiervan bij schriftelijke overeenkomst ten aanzien van de bovenwettelijke vakantiedagen af te wijken.

**Nieuw** is echter de mogelijkheid in lid 8 dat dagen waarop de werknemer tijdens een vastgestelde vakantie ziek is, ook kunnen gelden als vakantiedagen die ten laste van het minimum kunnen

Datum  
28 september 2010  
Ons kenmerk

Pagina('s)  
8 van 8

worden afgeboekt, mits de werknemer hier mee instemt. Het maakt daarbij niet uit of het een individuele vakantie of een collectief vastgestelde vakantie is.

#### Commentaar

Voorgaande nieuwe mogelijkheid is volgens FNV, CNV en MHP in strijd met de recuperatiefunctie van de minimumvakantie uit de Europese richtlijn. In diverse arresten heeft het Hof overwogen: "het doel van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon is immers, de werknemer in staat te stellen uit te rusten en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken. Daarin verschilt het doel van het recht op ziekteverlof, dat de werknemer wordt toegekend om te kunnen herstellen van een ziekte."

Door de mogelijkheid te openen tijdens ziekte vakantiedagen af te boeken van het wettelijk minimum wordt de werknemer de mogelijkheid ontnomen om deze (minimum) vakantie te genieten voor het doel waarvoor het volgens de Europese wetgever bedoeld is, namelijk uitrusten van de arbeid.

#### **Terugwerkende kracht**

De uitspraak van het Europese Hof dateert van januari 2009 en is al weer ruimt 1,5 jaar oud. Zolang de beperkte opbouw van vakantie voor zieke werknemers niet is geschrapt uit de wet blijven deze werknemers geconfronteerd met het probleem dat een Europese richtlijn horizontale werking mist waardoor zij hun aanspraken op grond van het Schultz-Hoff arrest niet geldend kunnen maken. Een werknemer kan zich tegenover zijn (ex-)werkgever niet rechtstreeks beroepen op de richtlijn en de hierop gebaseerde jurisprudentie. De werknemer kan proberen zijn recht te halen met een beroep op richtlijnconforme interpretatie. De nationale rechter is gehouden om zijn nationale recht richtlijnconform te interpreteren behalve als dat een uitleg 'contra legem' vergt, want dat zou neerkomen op een daad van wetgeving.

De Kantonrechter Utrecht (JAR 2009, 208) was van oordeel dat richtlijnconforme uitleg van artikel 7:635 lid 4 BW mogelijk is. Inmiddels heeft het Gerechtshof te Amsterdam op 10 november 2009 (LJN: BK4648) richtlijnconforme interpretatie afgewezen omdat dit zou resulteren in een uitleg in strijd met de wet. Het is volgens het Hof aan de wetgever om zijn regelgeving op dit punt in overeenstemming met de richtlijn te brengen.

Voorgaande betekent dat de Nederlandse (gedeeltelijke) arbeidsongeschikte werknemers met lege handen staan wat betreft hun recht op een volledige minimumvakantie-opbouw. Ze zijn volledig afhankelijk van een aanpassing door de wetgever.

Het wetsvoorstel rept niet over terugwerkende kracht. In beginsel heeft een prejudiciële beslissing naast bindende werking ook terugwerkende kracht. Dit betekent dat de door het Hof gegeven uitleg van een bepaling geldt 'sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding'. Dit zou voor de onderhavige Arbeidstijdenrichtlijn gaan om de datum van inwerkingtreding op 23 november 2006. In ons recht verjaart de rechtsvordering tot toekenning van na 5 jaar na de laatste dag waarin de aanspraak is ontstaan (artikel 7:642 BW).

De regering wordt uitgenodigd zich uit te laten over de terugwerkende kracht voor zover de aanspraken van werknemers nog niet zijn verjaard.